

COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA

EL RECIENTE DERECHO DEL TRANSEXUAL A CONTRAER MATRIMONIO

(Comentario de la Sentencia de 21 de septiembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Lleida y del Auto de 12 de enero de 2000 del Juzgado de Primera Instancia de Melilla)

RICARDO GARCÍA GARCÍA *

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Cuando algunos profesores de esta Facultad de Derecho, que tenemos el encargo de intentar explicar a los alumnos en qué consiste la institución del matrimonio, teníamos que hacer frente a esa obligación, siempre partíamos de algunas de las definiciones que tras el transcurso de siglos se habían ideado sobre el mismo, pero todos coincidíamos al afirmar que si existía esta institución era entre un hombre y una mujer, no entre dos mujeres, o dos hombres¹.

Como siempre, el Derecho se ve sorprendido por la sociedad, y en este caso, la institución del matrimonio se ha visto desbordada, y con ella la doctrina y jurisprudencia, puesto que aunque si bien seguimos coincidiendo al afirmar que el matrimonio se produce entre un hombre y una mujer, ahora este extremo puede aparecer algo difuso en algunos supuestos debido a los avances

* Profesor Asociado de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ De entre las numerosísimas definiciones que se han ido desarrollando a lo largo de siglos sobre la institución del matrimonio, quizá, una de las más brillantes por su precisión a este respecto ha sido la del Profesor Giménez Fernández: "Sistema de vinculaciones jurídicas pre-establecidas en orden a una finalidad y públicamente conocidas, al que libremente prestan su adhesión las personas capaces para ello, obligándose a su cumplimiento respecto al copartícipe cuya libre elección les compete" GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica*. Madrid, 1947. p. 115. García Gárate, con quien coincidimos en la anterior afirmación, por su parte ha definido a esta institución como "la comunidad de vida entre un hombre y una mujer conforme a Derecho". GARCÍA GÁRATE, A., *El matrimonio religioso en el Derecho civil*. Burgos, 1995. p. 27-29.

sociales. Nos referimos a la problemática de la transexualidad, que ha sido posible gracias a los progresos que la sociedad ha logrado en campos como la medicina, la cirugía o la psicología entre otros, que si bien, en otro tiempo hubiera parecido un episodio de ciencia ficción, hoy resulta un hecho cierto, e incluso en algunas Comunidades Autónomas, parece ser que será una operación quirúrgica financiada por la propia Seguridad Social².

² Este parece ser el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sin embargo, ese es un criterio novedoso puesto que a pesar de la existencia de un precedente muy cercano en el tiempo en este sentido, el coste de ese tipo de operaciones debe ser abonado directamente por el interesado, y no por la Seguridad Social, tal y como se establece en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, en su anexo III.3 menciona expresamente que no será a cargo de la Seguridad Social o fondos estatales "la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos" (B.O.E. de 20 de febrero). Sin embargo, en otros países de nuestro entorno el sistema público sí abona estos tratamientos quirúrgicos, como por ejemplo, el Reino Unido que sufraga dichos gastos, tal y como se colige del texto de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Rees v United Kingdom*, de 17 de octubre de 1986. Nuestra jurisprudencia ha venido pronunciándose sobre estos extremos de forma prácticamente unánime denegándose la licitud del reintegro por parte del INSALUD de esos gastos médicos. En este sentido, el Tribunal Supremo ya desde el año 1.983 había denegado la posibilidad del reintegro de ese tipo de gastos médicos. Como ejemplo, se puede citar la Sentencia de fecha de 16 de junio de 1983. En esta misma línea, se ha pronunciado la llamada "jurisprudencia menor" de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas. Se pueden citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha de 30 de mayo de 1.995, o también la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha de 16 de abril de 1.996. En línea contraria, se puede citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha de 16 de junio de 1.992, donde se examinaba en Suplicación la petición estimada en el Juzgado de lo Social, por la cual se accedía a que por parte del INSALUD se le reintegrara al actor la cantidad de 1209400. Ptas. consistente en los gastos médicos en que había incurrido el actor para obtener la operación de cambio de sexo. Frente a esa Sentencia de instancia el Tribunal Superior de Justicia viene a confirmar la Sentencia, destacando de entre sus Fundamentos de Derecho el contenido en el SEGUNDO C), -literalmente-: "... supuestos sui generis, como el aquí contemplado, en que un individuo exija atención sanitaria para cambiar de sexo y tal decisión no sea motivada por valoraciones puramente frívolas, sino que constituyan única y adecuada vía para superar graves problemas familiares y sociales derivados del conflicto vital entre una constitución biológica masculina y estructura psicológica femenina o viceversa, cuya terapia definitiva consiste en optar por el sexo que se considera más adecuado a las específicas circunstancias de cada concreta persona, sin que sea obstáculo para ello no hallarse previsto concretamente de los invocados preceptos legales, ya que estos casos pueden subsumirse dentro de la denegación de asistencia regulada en el art. 18 del Decreto 2766/1967, asimilando en ella la falta de cobertura en los textos normativos y en las Clínicas de Seguridad Social, pero siempre que tal ambigüedad sexual derive de una enfermedad técnicamente diagnosticada, derivada de anomalía congénita". Sobre este asunto, veasé, ALONSO OLEA, M., "El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1.996)", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, Núm. 87, (enero/febrero 1.998), Civitas, Madrid, 1.998, pp. 5-19.

Una vez dicho todo lo anterior, aquí se quiere detallar la problemática que surge cuando un hombre o una mujer, ante verdaderos problemas psíquicos de identidad sexual, decide someterse a intervenciones quirúrgicas para modificar su sexo, pasando tras ello a tener el aspecto externo totalmente concorde con el contrario al de su nacimiento. Sin duda, esa "ficción sexual"³ que logran los avances científicos en el campo de la medicina ha alcanzado cotas verdaderamente impensables, puesto que se pueden suprimir y extirpar los caracteres primarios y secundarios y lograr la presencia de órganos sexuales similares a los del sexo contrario, además de otros factores físicos concordantes con el sexo diferente del nacimiento mediante el suministro de hormonas - pechos, vello, pelo, etc, ...-, va acompañada de caracterologías psíquicas y emocionales propias del sexo contrario. De suerte que la cirugía consigue como resultado una morfología sexual totalmente artificial de los órganos externos e internos practicables, similares a los del sexo opuesto al que consta en la partida de nacimiento, aunque como quiera que existe lo anterior, esto es, su sexo cromosómico, se trata de una "ficción", una apariencia contraria al sexo que por nacimiento había correspondido a la persona.

Para la resolución de este nuevo problema que asalta a la institución del matrimonio, en primer lugar, debemos auxiliarnos en criterios médicos. Así, la cuestión a dilucidarse desde el punto de vista del Derecho sería el determinar si el sujeto que se haya sometido a este tipo de operaciones continúa formando parte del sexo con el que nació, o por contra, ha cambiado éste a pesar de continuar inalterables los cromosomas originarios. Y, una vez resuelta esa difícil cuestión, la segunda sería si el sexo como cualidad, y más concretamente la sexualidad, por referirse a comportamiento o conducta del individuo,

³. Sobre este término "ficción" contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, Fosal Benlloch, ha efectuado una reflexión muy interesante "Yo me pregunto: el margen de interpretación e integración de nuestro ordenamiento jurídico que a nuestros jueces conceden la Constitución y el Título Preliminar del Código Civil ¿impiden acaso el nacimiento de las llamadas ficciones judiciales?. Estos cuerpos legales fundamentales ¿no permiten que nazcan nuevas ficciones por obra de los jueces y tribunales, como nacieron las primeras por obra del *ius honorarium* y de las *responsa prudentium*, contribuyendo así al progreso y renovación del Derecho? ¿Le está vedado acaso al juez acudir a la analogía legis o a la analogía iuris o a la analogía iuris del art. 4.1 del Código Civil, dentro de cuyo concepto podrían subsumirse las ficciones judiciales?. FOSAR BENLLOCH, E., "El reconocimiento de la transexualidad en la sentencia de la Sala de Lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987"; y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos Van Oosterwijk contra Bélgica -1 de marzo de 1979- y Rees contra Reino Unido -12 de diciembre de 1984 en *Documentación, Ministerio de Justicia*, Año 1987, Núm. 1476, 15 de diciembre, p. 101.

es cambiante o no. De tal forma que una intervención quirúrgica llegaría a modificar ese último, o por contra el sexo se articularía mediante componentes psicosomáticos, donde entrarían en juego ingredientes de carácter físico-biológicos de trascendencia infinitamente mayor que los elementos psíquicos que lo complementan y lo adornan.

En nuestro país esa situación especial creada de forma ficticia por parte de la medicina, aún a pesar de haberse tenido que hacer frente por parte del Tribunal Supremo, no ha sido abordada convenientemente por el legislador, puesto que, aunque sí se ha promulgado alguna resolución parcial como fue su despenalización en el Código Penal⁴, no se ha indicado mediante una norma jurídica si puede o no llevarse a cabo un matrimonio entre estas personas, dejando así la resolución de estos problemas a la vía jurisprudencial⁵.

Esa falta de regulación ha obligado a que nuestros Juzgados y Tribunales hayan tenido que enfrentarse ante esta laguna jurídica mediante sus fallos atendiendo a las disposiciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico interno sobre el matrimonio en el Código Civil, en consonancia con lo establecido en el art. 32 C.E., la Ley y el Reglamento del Registro Civil, y desde la

⁴ Nos referimos a la despenalización de esas intervenciones quirúrgicas en el Código Penal, tanto en el anterior en su artículo 428, como en el actual en el artículo 156.

⁵ Lo cierto es que ni tan siquiera existe una disposición que autorice este tipo de intervenciones. Sin embargo, ya se ha superado la interrogante acerca de si estaba o no permitido por nuestro ordenamiento el derecho al cambio de sexo o no. Hace algunos años fue Albada-lejo quien señaló que "Yo por mi parte, diría que la solución en nuestro Derecho mientras no haya ley que lo autorice, es la de no ser el cambio de sexo legalmente posible. Y ni siquiera vale decir que el que no esté previsto constituye una laguna a llenar con los principios generales del Derecho, porque ni es laguna, sino rechazo del Ordenamiento, ni si fuese laguna, los principios generales que nuestro Derecho tiene apoyarían el cambio" (ALBADALEJO, M., *Derecho Civil, I*, Vol.I, 14 ed. Barcelona, 1.996, p. 242.). Lo cierto es que la respuesta a esta pregunta ya ha sido determinada por parte de la Jurisprudencia que ha entrado a juzgar estos supuestos tratándolos como laguna legislativa a la vista del Código Civil y del texto constitucional. Por lo que la respuesta a esta pregunta, independientemente de su despenalización, es que, si bien la legislación no lo permite expresamente, tampoco lo prohíbe, con lo cual se puede afirmar que de forma tácita está permitido en nuestro Derecho. Por otra parte, la realidad de la intervención quirúrgica desde la perspectiva constitucional nos lleva a la visión de estos supuestos desde el Derecho al libre desarrollo de la personalidad junto con el respeto a la intimidad privada; y como corolario al derecho de esas personas a no tener que sufrir un atentado contra su intimidad cada vez que tengan que identificarse o presentarse con documentos oficiales cuya finalidad es la identificación y singularización (FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., "La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico", en *Revista General de Derecho*, Núm. 627, 1996, p. 13165).

óptica del derecho al libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal y a la propia imagen, y a la integridad psicofísica (10,1; 18,1; y 15 C.E. -respectivamente-), en relación con los artículos 14 y 24 C.E.. Y además, conforme a las establecidas por el Derecho internacional aplicables en España, en concreto los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

Dicho todo lo anterior, hay que tener sumo cuidado con las conclusiones que pueden sacarse al respecto de esta problemática, puesto que, si se efectúa una visión apresurada, se podría afirmar que una Sentencia que autorizara la celebración de matrimonio sería contraria a la nota esencial que ha caracterizado siempre a nuestro sistema matrimonial occidental, esto es, la heterosexualidad⁶. Sin embargo, un estudio más detallado no debe arrojar esa conclusión, sino otra bien distinta. Para ello, debemos preguntarnos *¿cómo hay que determinar, desde el Derecho, el sexo?* Al nacer la persona, se efectúa esa determinación sin ningún tipo de problemas mediante una simple observación visual de los órganos genitales. Sin embargo, los avances de la medicina han permitido que esa catalogación simple sea modificada por el expreso deseo de la persona. Ante ello, y muy brevemente, siguiendo a Fernández Campos, se puede afirmar que existen varias manifestaciones del sexo en función de las cuales asignar un sexo jurídico a cada sujeto: en primer lugar, el factor cromosómico; después, el sexo interno o gonadal (ovario en las mujeres y testículos

⁶ Navarro Valls, al respecto de la heterosexualidad del matrimonio, afirma que: "La visión prácticamente unánime dada por la jurisprudencia española, la continental europea y la del área del *common law* que aparece determinada en la ya clásica afirmación del juez Ormrod en el caso Corbett v Corbett: *siempre se ha reconocido el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer*". NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1.994. p.101. Clavería Gosálvez, ha señalado que: *¿Y qué decir del requisito de la heterosexualidad?*. Para responder a esta pregunta habría que cuestionarse para qué desea el homosexual el matrimonio. Cabe imaginar que ello suceda porque desea presentar a la sociedad como digno o como regular lo que anteriormente se reputó indigno o irregular, o por finalidad económica o asistencial; o, recientemente, para provocar descendencia y educarla habiéndose servido de las modernas técnicas de reproducción asistida. Sin perjuicio de posibles meditaciones ulteriores sobre el problema, ... , cualquier otro proyecto de convivencia estable que no afecte a un sólo hombre y a una sola mujer no deberá ser denominado matrimonio, si bien no afirmo que deba ser jurídicamente irrelevante: podría efectivamente ser relevante en cuanto que tales compañeros constituirían familia a efectos de Seguridad Social, tratamiento tributario, etc ..., pero no exactamente matrimonio, en cuanto que no cabe la procreación biológica entre ellos: Por eso creo que al homosexual no hay que casarlo, basta con *familiarizarlo*:.... CLAVERRÍA GOSÁLVEZ, L-H., "Lo que sí es y lo que no es el matrimonio", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XII (1996), pp. 276-277.

en el hombre), y también el genital o sexo externo, por el cual corresponde una vagina en la mujer y un pene en el hombre; para su formación es importante el correcto desarrollo hormonal. Habría después, el llamado sexo fenotípico, las características propias de los hombres (vello, voz) o de las mujeres (mamas) también de formación hormonal. Frente a esos aspectos biológicos se pueden señalar otros como los educacionales, u otros de carácter interno que hacen que nos sintamos hombres o mujeres, también el propio comportamiento por el rol social que desempeñamos. Todos ellos están interrelacionados entre sí⁷.

En virtud de todas esas variables es como se asigna el sexo en nuestro Derecho⁸. Ante la transexualidad, nuestro Tribunal Supremo se ha fijado en un conjunto de criterios, donde, de entre todos los posibles, ha dado gran valor al morfológico, al rol desempeñado en la sociedad, así como a las caracterologías psicológicas y emocionales⁹. Y en base a esa conceptualización del sexo, no se reconoce que tras las intervenciones quirúrgicas haya pasado a ser de otro

⁷ Así ha sido señalado por FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., "Transexualismo. Cambio de sexo en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal Supremo", en *Aranzadi Civil*, 1.997, Tomo I (Volumen I), Navarra, 1.997, pp. 99-113. Con mayor detalle puede verse, entre otros, en LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid, 1997. pp. 37-59. ELÓSEGUI ITXASO, M., *La Transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*. Granada, 1999. pp. 91-125. WAKE, A., "Del hermafroditismo a la transexualidad", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Julio-Septiembre MCMXC, pp. 681-711.

⁸ Aunque hoy no se distingue entre hombres y mujeres, de forma que están equiparados en derechos y obligaciones, no ha sido siempre así. Baste recordar que en nuestro país, no hace muchos años la mujer para determinados negocios jurídicos precisaba del consentimiento expreso del marido. En realidad, se les situaba en distinto plano, de forma que nos encontramos con algunas disposiciones que, aunque parezca mentira, siguen vigentes en nuestro Derecho al día de hoy. Tal es el caso del art. 1.880 y 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde la posibilidad de solicitar medidas provisionales previas, o provisionálísimas venía circunscrita única y exclusivamente para con la mujer, excluyéndose de esa posibilidad al marido. Lógicamente, al amparo de lo recogido en el art. 14 C.E. donde señala "mujer casada", la práctica forense ha entendido que resulta aplicable a ambos cónyuges.

⁹ Concretamente, para fundamentar la decisión de acordar el cambio de sexo en el Registro Civil se señalaba por parte del Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de julio de 1.987, en su Fundamento de Derecho segundo que "... ha sufrido una transformación total de sus caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios; que ha asumido un rol sexual y emocional femeninos prácticamente desde la infancia y que, socialmente, se comporta como una mujer y que el tono y contenido de la conversación son femeninos; que tiene meato urinario femenino, que los cabellos del pubis y del cráneo son femeninos, careciendo de pelo en la cara y teniendo mamas y que se inyecta hormonas femeninas....".

sexo, sino que se reconoce una "ficción", que le lleva a reconocer en Derecho la posibilidad de modificar su sexo en el Registro Civil¹⁰.

Por lo que, para la resolución de este interrogante, podemos afirmar que, a día de hoy, esos son los aspectos que fijan el sexo en nuestro ordenamiento ante situaciones de transexualidad. Aunque, como quiera que se trata de criterios jurisprudenciales, pueden ser modificados, bien por parte de otras futuras sentencias, o bien, como sería más aconsejable, directamente por parte del legislador, si es que, en alguna ocasión, decide legislar sobre este problema. Con lo cual, ese interrogante podría ser respondido de forma distinta si se tuvieran en cuenta principalmente otros criterios para la determinación del sexo, como pudiera ser el cromosómico, puesto que entonces, a pesar de su morfología y de los otros extremos señalados, deberíamos afirmar que el transexual no podría modificar su inscripción registral.

Esa forma de determinar el sexo ha sido posible desde la diferente concepción del matrimonio canónico y el civil con respecto a la procreación, fundamental en el primero y con otro valor muy inferior en el segundo. Siguiendo a Navarro Valls, se puede afirmar que estamos asistiendo a un proceso que, aunque de forma incipiente, nos indica una preocupante tendencia que está difuminando esa nota característica que tiene su base en la falta de valor de la generación¹¹. Desde esa visión, junto con una innegable creciente conciencia social hacia una realidad que no está amparada por el Derecho, se ha comenzado, desde la tolerancia y su despenalización, una progresiva permisividad que ha hecho posible la concesión de derechos y obligaciones en el campo del

¹⁰. Esta argumentación se lleva a cabo en la Sentencia anterior, en su Fundamento de Derecho tercero: "... Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también tiene su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas. Una y otra son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Sólo partiendo de una hipótesis es posible establecer en ocasiones principios y fundamentar teorías que expliquen todo un orden de hechos o fenómenos demostrados por la experiencia; y sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse. Así, y solamente en el Ordenamiento jurídico privado, cabría recordar los supuestos de ficción establecidos en los artículos 29, 124, 357, 440 y 466 del Código Civil. Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterologías psíquica y emocional propias de este sexo".

¹¹. NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio ...*, cit. p. 89 y ss.

derecho de familia, -entre otros-, a favor de los homosexuales directamente¹², o bien mediante la vía del reconocimiento de las uniones de hecho homosexuales en virtud de su consignación dentro de diversos textos legales¹³. Esa línea expuesta de concesión de derechos a las uniones de hecho formadas por homosexuales¹⁴, no nos puede confundir con el reconocimiento a favor de ese

¹² Mediante Auto de fecha de 14 de junio de 1.999, de la Audiencia Provincial de Sevilla se ha otorgado la guarda y custodia de un menor a su guardador de hecho frente a sus abuelos. La peculiaridad de este supuesto radica en que en dicho guardador se daba la condición de transexual, y aún así la Audiencia le señaló a tal efecto. Veasé, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Transexualidad y Tutela", en *Aranzadi Civil*, 1.999, Vol. II, (Tomo VIII), Navarra, 1.999, pp. 1.751-1.752.

¹³ En este sentido, ya se han promulgado en nuestro país diversas Leyes que regulan este tipo de uniones de carácter homosexual, como por ejemplo la Ley 10/98, de 15 de julio, aprobada en Cataluña, donde su Capítulo II se dedica íntegramente a las uniones estables homosexuales, donde se entiende por tal, -según su artículo 19-, "las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista". La Ley 6/1.999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, aprobada en Aragón, donde no se distingue en sus capítulos, pero las disposiciones que contiene se aplican a las parejas heterosexuales y homosexuales, salvo las matizaciones que presenta su articulado, como por ejemplo en lo relativo a la adopción, -artículo 10-. Estas legislaciones propias de algunas Comunidades Autónomas, han sido seguidas por iniciativas legislativas de índole nacional, donde, además de antiguas propuestas que nunca llegaron a aprobarse en el Parlamento de fechas anteriores a las significadas, recientemente se presentaron dos Propositiones de Ley ante el Congreso de los Diputados: Una presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, en fecha de 14 de abril de 1.997, donde expresamente en su Exposición de Motivos se especifica su aplicación a cualquiera de la uniones que cumpla los requisitos establecidos "con independencia de su orientación sexual". Y otra segunda presentada por el Grupo Parlamentario del Partido del Gobierno en fecha de 29 de septiembre de 1.997, donde si bien no se recoge de forma expresa esta figura, sí que se autoriza su formación tal y como se interpreta de la lectura del propio artículo 1 que no niega ni posibilita, pudiendo encardinarse este tipo de uniones en el articulado de la ley.

¹⁴ Esa concesión de derechos ha sido propugnada por la Unión Europea en el Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la C.E. de fecha de 26 de enero de 1.994, (D.O.C.E. N C 61 -28.2.1994-, p. 40 y ss). En él se constata perfectamente el punto de vista sobre la materia que mantiene el Parlamento Europeo a través de su Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores, de donde hay que destacar en relación con este asunto, las peticiones que el Parlamento Europeo realiza a la Comisión de la Comunidad Europea, (más concretamente, su punto 13, en relación con el 14, apartados i, j, k.), donde solicita que presente una propuesta de directiva al Consejo relativa a la lucha contra la discriminación por razones de orientación sexual. Su punto 14 señala que, esta directiva debería establecer al menos: i. la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo sin facilitar una institución jurídica equivalente para las "parejas registradas" del mismo sexo. j. la denegación a las parejas homosexuales del acceso a instituciones jurídicas existentes sustitutorias del matrimonio o la exclusión de las parejas

colectivo del derecho al matrimonio, -tal y como aparece regulada esta institución por el ordenamiento jurídico-, puesto que implica que si bien se le otorgan ciertos efectos jurídicos similares a los que puede implicar el vínculo matrimonial, distingue entre unión de hecho y matrimonio como realidades perfectamente separadas.

II. LA TRANSEXUALIDAD ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE LAS DIFERENTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Una vez producido ese cambio morfológico, en los términos señalados, el problema surge no ya en el campo de la teoría, sino en el de la práctica, cuando a nuestros Juzgados y Tribunales se les solicita por la vía civil el inexcusable pronunciamiento sobre si los transexuales pertenecen al sexo de nacimiento o por el contrario son de otro distinto, y como corolario, si resulta o no factible que ese colectivo pueda contraer matrimonio. Y es este último extremo el que queremos destacar en este artículo para advertir el cambio radical al que estamos asistiendo en estos últimos años.

Pues bien, hasta hace muy recientes fechas, a los transexuales se les había cercenado el derecho a contraer matrimonio desde todas las vías a las que habían acudido solicitándolo.

Intentando muy someramente describir el iter que han seguido en nuestro Derecho estas pretensiones se puede señalar la opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que fue quien se encargó de indicar la necesidad de acudir ante los Juzgados para que se declarase el cambio de sexo¹⁵, y posteriormente conoció en Recurso Gubernativo de la solicitud para contraer matrimonio de un transexual, denegando dicho derecho¹⁶.

homosexuales de los regímenes jurídicos para parejas no casadas. k. la negativa a reconocer los matrimonios de personas extranjeras del mismo sexo o las "parejas registradas" en el derecho privado internacional de los Estados miembros. Para un mayor detalle sobre las Uniones de Hecho en el Derecho Comunitario, veasé, entre otros, GARCÍA GARCÍA, R., "Las parejas de Hecho ante el Derecho Comunitario", en *Uniones de Hecho*, Coordinadores MARTINELL, J. M., y ARECES PIÑOL, Mª, T., Servicio de publicaciones de la Universidad de Lleida, 1998. pp. 257-272.

¹⁵ Muy brevemente, se puede señalar que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto de la transexualidad. De entre sus

Posteriormente, ha sido la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la que también ha negado tal posibilidad mediante varias sentencias, de las que se pueden destacar las de 7 de marzo de 1980¹⁷, 2 de julio de 1987¹⁸, 15 de julio

resoluciones se pueden destacar la de 17 de marzo de 1.982, mediante la cual se señaló la imposibilidad de que por la vía del expediente gubernativo se solicitase la rectificación de la indicación del sexo de que hace fe la inscripción de nacimiento, al resultar dicha inscripción equivocada después de someterse a una operación para cambio de sexo. Posteriormente, en la Resolución de 26 de abril de 1.984, también se denegó la inscripción mediante expediente gubernativo, indicándose que era la vía judicial la oportuna para operarse el cambio de la inscripción en estos supuestos. En igual sentido se pronunció en las Resoluciones de fecha de 6 de mayo de 1.987 y de 11 de mayo de 1.995.

^{16.} En su Resolución de fecha de 2 de octubre de 1.991, tuvo que pronunciarse ante otro problema posterior, cuando por parte del Juez encargado del Registro Civil de Madrid se autorizaba mediante Auto la celebración de matrimonio entre un varón y un transexual masculino puro, que había modificado su inscripción registral en virtud de sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia Núm. 35 de Madrid. Ante ese hecho, el Ministerio Fiscal interpuso recurso, frente al cual la D.G.R.N. señaló expresamente la prohibición para contraer matrimonio, cifiendo esa posibilidad para con las personas de sexo distinto en función de lo señalado en el art. 32,1 de la Constitución. Esa línea era la fijada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que estimaba que dichos matrimonios, en el caso de producirse, serían nulos.

^{17.} En esta Sentencia se declaró no haber lugar al recurso que solicitaba se anulase la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla que a su vez había modificado la Sentencia de instancia que declaraba el cambio de sexo y autorizaba a modificar la inscripción en el Registro Civil. Esta sentencia aparece comentada por DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., "La transexualidad y el estado civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, Tomo XXXIV, Octubre-Diciembre, pp. 1077-1088.

^{18.} Se trató de la segunda ocasión donde el T.S. tuvo la posibilidad de ocuparse de esta problemática jurídica. Se ordenaba la modificación de los asientos registrales correspondientes al sexo y al nombre, aunque expresamente se prohibía la posibilidad de celebración de matrimonio. Esta era la primera vez que el T.S. autorizaba el cambio de sexo, a diferencia de la sentencia anterior. La Sentencia reconocía la existencia del cambio de sexo basada en la figura de las apariencias jurídicas, en la "ficción". Sin embargo, esa modificación de criterio no fue pacífica, puesto que frente a ese fallo, se formuló un voto particular firmado por los Magistrados Excmos. Sres. D. Jaime Santos Briz, D. Cecilio Serena Velloso, D. Rafael Pérez Gimeno, D. Matías Malpica y González-Elipe, donde se disenta de la Sentencia señalando que el sexo es cualidad inmanente del ser humano que no es posible modificarlo mediante una operación quirúrgica más o menos complicada. Por ello, se censuraba el concepto de sexo que había sido tenido en cuenta para llegar a la Sentencia dictada, donde se da importancia a esa "ficción", criticándola por inexacta. Por su parte, el Excmo. Sr. Magistrado D. Rafael Pérez Gimeno, si bien se adhirió a ese voto particular, efectuó algunas matizaciones donde señalaba que la morfología interna no había sido posible modificarla, haciéndose hincapié en el componente cromosómico y genético, donde ni siquiera se llega a esa apariencia exterior.

de 1988¹⁹, 3 de marzo de 1989²⁰, y la de 19 de abril de 1991²¹. Esa línea jurisprudencial²² ha sido seguida después por parte de las Audiencias Provinciales de las diferentes Comunidades Autónomas²³. En este sentido, y entre otras

¹⁹. En esta Sentencia el Supremo volvía a conocer sobre la transexualidad sin contar todavía con una línea Jurisprudencial, aunque sí tenía el apoyo reciente de la Sentencia anterior donde intervino en Pleno la Sala Primera. Siguiendo los razonamientos, no de los votos particulares, sino las fundamentaciones contenidas en la Sentencia anterior estimó el recurso de casación, ordenando el cambio de sexo solicitado en el Registro Civil con ciertas limitaciones, concretamente la posibilidad de celebrar matrimonio. Y para ello se acudió a una interpretación extensiva del art. 10,1 C.E. junto con el papel de la Jurisprudencia en el Derecho español. Ese fallo fue seguido de otro Voto Particular expresado por el Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui, donde se señalaba su disconformidad con el fallo de la Sentencia.

²⁰. Se volvía a producir un fallo estimatorio que se fundamentaba en el reconocimiento de esa "ficción", relacionada directamente con la posible vulneración del art. 10, 1 C.E. al entender que si no se permitiera el cambio de sexo del actor en el Registro Civil se estaría vulnerando el libre desarrollo de la personalidad del actor. A pesar de ello, se continuaba limitando los efectos de esta declaración, señalándose expresamente la imposibilidad de contraer matrimonio, indicándose que para cualquier otro extremo se debería acudir al Juzgado para precisar su extensión. El fallo de esa Sentencia fue seguido de un Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Prado, en virtud del cual disenta de la Sentencia indicando que la problemática se situaba en determinar si existía la posibilidad por parte del transexual de exigir coactivamente el comportamiento o respuesta obligada de reconocer el derecho a cambiar de sexo, cuando por causas endógenas o exógenas, congénitas o adquiridas, sufra el individuo el síndrome transexual. Argumentando finalmente que: "el art. 10 de la Constitución según la interpretación que de él hace el Tribunal Constitucional y la doctrina científica no puede comprender como obstáculos al libre desarrollo de la personalidad las deficiencias de regulación de las leyes. Peligrosa vía ante tantas insatisfacciones padecidas por los ciudadanos".

²¹. A diferencia de las Sentencias anteriores, en ésta no se contenían votos particulares, y se dictó cuando ya sí existía línea jurisprudencial. Básicamente, las argumentaciones jurídicas sobre las que se asentaba principalmente la casación consistían en el libre desarrollo de la personalidad, y en la prevalencia que tanto la medicina como la jurisprudencia española confieren al sexo psicológico sobre el cromosómico. Si bien, el fallo fue estimatorio, se incidía de nuevo en la imposibilidad de una adecuación total de derechos para con el nuevo sexo, y expresamente en la prohibición del matrimonio.

²². Todas esas sentencias han sido comentadas por varios autores, entre otros, con mayor detalle puede verse la Sentencia de 2 de julio de 1987 y la de 15 de julio de 1988 en CASTRO LUCINI, F., Derechos sobre el propio cuerpo. Estado civil, Transexual. Artículos 10,1 y 14 Constitución; 328 Código Civil; 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil, y 21 de su Reglamento (Sentencia de 25 de junio de 1987), en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXVI, Mayo-Junio 1990, Núm. 598, pp. 1227-1248. DOLZ LAGO, M. J., Cambio de Sexo: Balance jurisprudencial, en *Poder Judicial*, Núm. 16 Diciembre. Madrid, 1989, pp. 167-175. VILLAGÓMEZ RODIL, A., *Aportación al estudio de la transexualidad*. Salamanca, 1994, pp. 22-68. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *La problemática...*, cit. pp. 158-194. ELÓSE-GUI ITXASO, M., *La Transexualidad...*, cit. pp. 127-206.

²³. Aparece publicada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha de 13 de abril de 1989 en la *Revista General de Derecho*, Año XLV, Núm. 536, Mayo 1.989, pp. 3164-3171.

muchas, se pueden citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha de 14 de noviembre de 1996²⁴, o también la de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha de 20 de noviembre de 1997.

Como última instancia, aunque no tenemos noticia de que haya conocido ningún caso en que estuvieran implicados ciudadanos españoles, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado a este problema al amparo del Art. 12 del Convenio, entre otras, en las Sentencias, de 6 de noviembre de 1980 en el caso Van Oosterwyck contra Bélgica²⁵, de 17 de octubre de 1986 en el caso Rees contra Gran Bretaña²⁶, de 27 de septiembre de

²⁴. Esta Sentencia resulta interesante porque, a diferencia de las anteriores, deniega el Derecho al cambio de sexo en el Registro, alegando básicamente que la línea jurisprudencial anterior hacía referencia a verdaderos casos de transexualidad, mientras que en el supuesto de Autos, no se había llevado a cabo la correspondiente intervención quirúrgica y por ende, no queda documentalmente acreditado ese deseo de pertenencia irresistible al sexo contrario.

²⁵. En el caso Van Oosterwyck contra Bélgica, fue la primera oportunidad en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que pronunciarse sobre un supuesto de transexualidad, y pese a que la Comisión informó favorablemente sobre la vulneración de los artículos 8 y 12 del Convenio el Tribunal en Sentencia de 6 de noviembre de 1980 denegó la petición por motivos formales, al no haberse agotado la vía jurisdiccional en Bélgica.

²⁶. En esta Sentencia el Tribunal contempló el caso de una persona que nació con todas las características físicas y biológicas del sexo femenino. Sin embargo desde su infancia, su comportamiento fue de varón, y tras varias intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos transformó su apariencia sexual física, suprimiéndose las características externas femeninas cubriéndose los gastos por el sistema Nacional de Sanidad del Reino Unido. Pero el ordenamiento británico no le reconoció el sexo masculino, y le consideró como mujer, entre otros casos, para el matrimonio y el desempeño de algunos puestos de trabajo, y para los derechos de jubilación. Por otra parte, un certificado de nacimiento sin corregir le impedía también otorgar determinados contratos como varón. En la demanda el actor señala que esa disfunción del ordenamiento británico no se justifica en motivos de interés público. Dándose además la paradoja de que el propio sistema de salud británico había costado la operación quirúrgica de cambio de sexo. Por su parte, el Tribunal consideró que no se había producido la vulneración del art. 8, y por ello entendió que el Estado es soberano para acordar lo que estime oportuno, señalando que, en todo caso, siempre por la vía de las anotaciones en la inscripción puede solucionarse el problema. Sobre la posibilidad de que no se conociese por terceros el cambio de sexo, el Tribunal la niega. Sobre la violación del art. 12 indicó el Tribunal que no se había producido, ya que se garantiza el derecho a casarse, pero entre dos personas de distinto sexo biológico, con lo que esta prohibición no afecta su propia esencia. Esta Sentencia fue seguida de un voto particular disidente, pero sólo al respecto del art. 8 señalando que el riesgo se podría evitar mediante una anotación en el registro de nacimientos que reflejara el cambio de identidad sexual del señor Rees, y a la vez se facilitaría la obtención de un certificado en abstracto en que solamente constara dicha nueva identidad, garantizando así mejor la inviolabilidad de su vida privada. Sin embargo, sobre la publicidad del cambio de sexo se manifestó que debería continuarse.

1990 en el caso Cossey contra Gran Bretaña²⁷, y en todas ellas fallaba no permitiéndose la celebración de matrimonio²⁸.

III. EL NUEVO PLANTEAMIENTO DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA AL RESPECTO: SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 7 DE LLEIDA Y EL AUTO DE 12 DE ENERO DE 2000 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MELILLA

Esta es la línea jurídica que existía al respecto de esta cuestión en nuestro Derecho. Sin embargo, hoy no se puede afirmar que continúe en vigor, puesto que si bien, el Tribunal Supremo sigue manteniendo su misma postura al respecto, -o al menos eso debemos afirmar cuando no ha dictado ninguna Sentencia que con-

²⁷. Esta Sentencia examinaba el caso de una persona que nació con todas las características físicas y biológicas del sexo masculino. Sin embargo desde su infancia, psicológicamente pertenecía al sexo femenino. Con el tiempo se sometió a intervención quirúrgica para dar a su anatomía externa un aspecto acorde con su sentimiento de pertenencia al sexo contrario. Los hechos se circunscriben en el Reino Unido al igual que la Sentencia anterior. Realmente las circunstancias de hecho son similares a las del caso Rees, aunque ahora se alegaba que el demandante contaba con un hombre que deseaba contraer matrimonio con él. Sin embargo, el Tribunal entendió que eso no podía justificar la diferencia con el caso anterior, y básicamente se siguieron las mismas argumentaciones jurídicas para determinar la no vulneración del art. 8 del Convenio. Sobre el art. 12 la parte actora alegó que le era imposible contraer matrimonio, como mujer le era imposible casarse con otra, y la legislación inglesa le impide contraer matrimonio con un hombre. Ante ello, el Tribunal argumentó que la imposibilidad de que la demandante se case con una mujer no se deriva de ningún obstáculo legal, y no puede decirse que el derecho a casarse haya sido lesionado por un precepto del ordenamiento interno, y con respecto a su imposibilidad para hacerlo con un hombre, señaló que los criterios seguidos por la legislación inglesa concuerdan con los establecidos en el art. 12. Esta sentencia fue seguida de numerosos votos particulares disidentes, en los que ya no sólo se disiente de la violación del art. 8, sino que también se afirma la vulneración del art. 12 señalándose literalmente que: "Demuestran también por qué creo que, a los efectos del artículo 12, un transexual operado con éxito debe considerarse que pertenece al sexo que ha escogido y tener, por consiguiente, el derecho de casarse con una persona de sexo opuesto a aquél". No hay que olvidar que el Tribunal no entra en la consideración del criterio establecido por el derecho británico, y así, considera que el criterio para la determinación del sexo es el biológico, y no el morfológico.

²⁸. Resulta interesante el comentario que se efectúa sobre los casos Van Oosterwyck, Rees y Cossey por parte de ARECHEDERRA, L., "La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Transexualismo", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*. Núm. 1/1991, Enero-Febrero, pp. 67-71. En el mismo sentido veasé FOSAR BENLLOCH, E., *El reconocimiento de la ...*, cit. pp. 3950-4028.

tradiga las anteriores-, los Juzgados de Primera Instancia están pronunciándose en contra de la limitación que el Tribunal Supremo había impuesto a los transexuales para acceder al Derecho al matrimonio. De entre esas resoluciones de instancia, nos referimos a la Sentencia de 21 de septiembre de 1999, en el procedimiento Núm. 39/1999 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Lleida²⁹, y al Auto de 10 de enero de 2000 del Juzgado de Primera Instancia de Melilla³⁰.

Las argumentaciones jurídicas esgrimidas al efecto en esta Sentencia de instancia citada, en primer lugar, coinciden con las señaladas por el Tribunal Supremo para conceder el cambio de sexo³¹, y disienten de éste pronunciándose afirmativamente sobre el derecho del actor a contraer matrimonio, argumentando a tal efecto en su fundamento de derecho quinto literalmente que:

²⁹. En ella se reconoce el derecho a contraer matrimonio a un transexual con otro individuo de su mismo sexo registral inicial. Más concretamente, los antecedentes juzgados consistían en la solicitud de una persona que respondía al nombre de "Rubén", que al nacer presentaba órganos sexuales masculinos, y así fue inscrita en el Registro Civil como hombre, y tras el transcurso de años, donde quedó patente su irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, acompañado del rechazo absoluto por el propio y del deseo obsesivo de cambiar la morfología genital, combinándose esos hechos con el hábitat en el que se había desenvuelto, tanto social como familiar, decidió finalmente someterse a diversas intervenciones quirúrgicas, junto con otros tratamientos médicos, que posibilitaron que su aspecto externo fuera el del sexo femenino. Ante tales antecedentes, demandó del Juzgado que se rectificase su inscripción registral, y fuera modificado su sexo, así como su nombre, reconociéndosele así todos los derechos, incluido el de contraer matrimonio. Una vez tramitado el procedimiento, se declara en el Fallo de la Sentencia que el actor debe ser considerado mujer, debiendo rectificarse su sexo en el Registro Civil, pasando a llamarse "Clara". Dicha modificación iba acompañada de la autorización expresa para contraer matrimonio. Esta sentencia ha devenido en firme al no ser apelada por el Ministerio Fiscal.

³⁰. En dicho Auto se establece la posibilidad de acceder al matrimonio. Tiene forma de Auto porque ya existía Sentencia y se solicitaba la celebración de matrimonio ante el Registro Civil.

³¹. Literalmente se señala en la Sentencia de 21 de septiembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Lleida que: "... conducta y comportamiento quien exhibe documentos de identidad concordes con tal apariencia, porque no se trata de sexualidad equívoca o dudosa y caprichosa adoptada con finalidad perturbadora de una sana vida de relación, sino de una decidida voluntad de hacer dejación definitiva de unos atributos sexuales que repudia el íntimo sentir de una persona, transida por un íntimo deseo de pertenecer a un sexo distinto al que ostentaba al nacer, con aversión a la representación física de aquél, y por ello los hace desaparecer para olvidar una morfología corporal que le repugna, ya que su alma no se identifica con el cuerpo y sufre una divergencia entre el sexo anatómico y el carácter o idiosincrasia sexual que siente, y se traduce en dificultades insalvables para vivir y desarrollar su personalidad en el mundo en que le ha correspondido vivir a pesar de que sus cromosomas son inalterables desde el nacimiento a la muerte".

"En el caso de autos puede aceptarse por vía de reglas de experiencia y de hechos probados, que el actor tiene un irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital. En el ambiente en que se mueve (tanto social como familiar o personal) es evidente que ha habido un cambio social de sexo, como se deduce de los hechos probados por lo que en vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el art. 10.1 de la Constitución ha de permitírsele al menos ejercitar su derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra. Una vez dicho esto, se plantea el importante problema de determinar si tal modificación en el Registro Civil debe suponer una equiparación absoluta con el sexo femenino en cuanto a capacidad de obrar plena y total o por el contrario ha de existir alguna limitación. Lo cierto es que la jurisprudencia actual no es especialmente avanzada en la materia y así dice que sin que tal modificación en el Registro Civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinar actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto.(...) . Tal jurisprudencia habría que entenderla superada a la luz de los tiempos presentes, por aplicación de la propia Constitución que en su artículo 32 establece el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio señalando que 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. No existe en la Ley regulada incapacidad alguna que limite de modo expreso a un transexual para que pueda contraer matrimonio resultando de todo punto de vista absurdo el pensar que al ser cromosómicamente un hombre pueda contraer matrimonio con una mujer una vez se haya autorizado su cambio de nombre y de sexo registral. Tampoco resulta Constitucionalmente aceptable que el transexual no pueda contraer matrimonio ni como hombre ni como mujer ni con persona del mismo sexo no con personas de sexo distinto, es decir, que exista una limitación de capacidad legalmente no contemplada y nacida de la doctrina jurisprudencial. Efectivamente no debe de confundirse el que dos hombres no puedan contraer matrimonio o no puedan hacerlo dos mujeres (al menos en España), lo que por otro lado no impide a estas mismas personas contraer matrimonio con otra de sexo distinto, de un caso de alguien que por ser transexual tiene ya prohibido su derecho constitucional a con-

traer matrimonio. No es tampoco justificación el que el fin último de la institución del matrimonio sea la familia, entendiendo que ello incluye la procreación, ya que sería tanto como decir que las parejas heterosexuales que no puedan procrear no puedan realizar el fin del matrimonio o al menos uno de ellos. La tendencia actual en la sociedad española es de mucha mayor tolerancia en estos supuestos hasta el punto que en Catalunya existe una Ley especial para las parejas de hecho. En esa Ley se regula separadamente las parejas de hecho heterosexuales de las homosexuales, siendo que de considerarse que un transexual no puede casarse como mujer que es, en el caso de vivir en pareja de hecho con un hombre parece que debería de considerarse a la unión como homosexual, cuando en realidad no lo es sino que se trata de una pareja heterosexual. En definitiva, cabe pensar que la legislación actual no tiende precisamente a discriminar o limitar los derechos sino todo lo contrario, siendo que una situación como la transexualidad ha de suponer necesariamente una admisión plena de la capacidad de obrar como mujer de quien en eso se ha convertido incluso a los efectos de poder contraer matrimonio como tal ya que en nada quebranta normas de orden público o de ius cogens".

IV. CONCLUSIONES TRAS EL EXAMEN DE LAS ÚLTIMAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y LA MÁS RECIENTE DOCTRINA

Llegados a este punto, entendemos que debe ser autorizada la celebración de matrimonio civil a los transexuales, y ello en base a las siguientes argumentaciones:

La celebración de estos matrimonios no cercenaría el "orden público". Esta afirmación ya había sido expresada por Bercovitz³² quien ha señalado que no parece que pueda ser defendida esta tesis, en tanto y cuanto señala que "tampoco parece que ese orden público responda a la protección de ningún interés social suficientemente relevante para impedir una plena integración del transexual. Tal integración no puede tener lugar si el Registro civil sigue publicando su condición de tal y si el ordenamiento jurídico le impide contraer matrimonio"³³.

³². BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Transexualidad", en *Actualidad Civil (Tribuna)*, 1.999, Vol. II, (Tomo VIII), Navarra, 1.999, pp. 1.764-1.766. Entendiendo contrarias al orden público las intervenciones quirúrgicas tendentes al cambio de sexo, se ha pronunciado CASTRO LUCINI, F., *Derechos sobre ... cit*, p. 1242.

³³. Hay que tener en cuenta la práctica que se sigue en estos supuestos ante el Registro Civil, puesto que la modificación del cambio de sexo no supone la destrucción del folio registral anterior, y la creación de uno nuevo, sino que la regla general en esta materia de inscripción de una resolución de rectificación es la contenida en el artículo 306 del

El segundo de los argumentos a favor sería el artículo 32 C.E., que autoriza el matrimonio siempre entre un hombre y una mujer. Esa heterosexualidad no se rompe, sino que es el propio Derecho el que señala que debe ser tenido el interesado como propio del sexo contrario, y a tal efecto se permite la rectificación del asiento registral civil, su modificación del nombre, y se le facilita al interesado una nueva documentación acreditativa de su sexo registral. Por lo que, volviendo a argumentos ya citados antes, el ordenamiento jurídico le asigna un sexo que no rompería, únicamente desde el punto de vista estrictamente jurídico, la heterosexualidad del matrimonio. El Auto del Juzgado de Primera Instancia de Melilla en la parte final de su Fundamento de Derecho TERCERO señala que: *"... Sin embargo, el encargado que resuelve ante esta postura oficial ha de hacerse las siguientes preguntas: Un ser humano del género femenino ¿qué es?; la respuesta no puede ser otra que mujer, porque si no fuese así, se habría creado un tercer género o sexo. La otra pregunta sería ¿qué valor tiene la declaración, en sentencia, de que esa persona es del género femenino?. La respuesta de acuerdo con la tesis oficial ha de ser que ninguno, o más bien negativo puesto que, simplemente se le autoriza a cambiar de sexo y nombre en el Registro Civil, pero, en cambio, le prohíben contraer matrimonio y lo abandonan a la incertidumbre. Por tanto, si se quiere ser consecuente lógicamente una vez hecha la declaración judicial de que esa persona es de sexo femenino, habrá que aceptar esa declaración con todas sus consecuencias, porque se ha creado una ficción legal, como el propio Tribunal Supremo reconoce, ficción legal que ha de conllevar plenitud de derechos sin otras limitaciones que las que legalmente se establezcan, cosa que hasta el momento no ha ocurrido".*

Reglamento del Registro Civil, por virtud del cual la inscripción ha de practicarse en el folio registral a que se refiere la resolución y determinará las expresiones que se cancelan y las que se sustituyen, con referencia a la inscripción rectificada. En este sentido, en función de los artículos 163 y 164 del mismo cuerpo legal, se deduce que la cancelación parcial de un asiento ha de practicarse marginalmente al asiento cancelatorio. Aunque existe la posibilidad que recoge el artículo 307 que permite excepcionalmente, para una mayor claridad, que se cancele totalmente el antiguo asiento y se extienda otro nuevo, si la resolución así lo ordena. En todo caso, independientemente de la creación o no de una nueva página registral, no hay que olvidar que la publicidad de esos datos tienen carácter restringido en función de lo contenido en los artículos 21 y 22 del Reglamento. Aunque también es cierto que alguien que tuviera un interés directo sobre tales datos, y si obtiene una autorización especial justificando interés legítimo y razón fundada, podría solicitarla. En todo caso, no hay que olvidar, tal y como se establece en el Art. 246 del Reglamento del Registro Civil que, el encargado del Registro, en la audiencia reservada que ha de tener lugar con cada uno de los contrayentes, debe informar al otro de la condición de transexual de su cónyuge, tal y como es su obligación en función de la información que tiene a través de las actas del Registro.

El tercero de los argumentos a favor radica en que la procreación no es civilmente un fin esencial del matrimonio. Por tanto, la imposibilidad de la consecución de aquélla, no puede impedir el matrimonio civil de los transexuales. En este sentido se puede citar lo señalado por la Comisión Europea, que en su informe favorable para el enjuiciamiento del caso Van Oosterwijk señaló que: *"El que niegue al transexual el derecho a casarse por falta de aptitud para procrear debe defender con argumentos convincentes el derecho a casarse del estéril, notorio y perpetuo, del ciudadano que contrae matrimonio a los ochenta y cinco años de edad o en inminente peligro de muerte, y además explicar la derogación, en la actual redacción del Código Civil, del antiguo impedimento de impotencia"*. El Auto del Juzgado de Primera Instancia de Melilla en su Fundamento de Derecho CUARTO señala que: *"... Tampoco chocaría este matrimonio con los derechos y deberes que los artículos 66 al 71 del citado texto legal -Código Civil- establecen para los cónyuges. No obstante, y por ahondar en la legalidad ordinaria y concretamente en el Código Civil, cabría tachar a este matrimonio por la imposibilidad de procreación, dando lugar a una familia. Tacha que a la vista de lo dispuesto en el citado Código no tendría demasiada trascendencia, ya que en él la procreación no se considera como un fin esencial del matrimonio; cosa que ni siquiera ocurre ya en el Derecho Canónico, dado que si bien el Código de 1917 disponía en su Canon 1013 que el fin primario del matrimonio es la procreación y educación de la prole y el secundario la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia, el vigente en el Canon 1055 no dice sino que el matrimonio está ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole³⁴. Por último y en relación con los derechos y deberes de los cónyuges, a la vista de la operación sufrida por el transexual y su sentimiento femenino, no puede negarse que entre ellos pueda existir el socorro y asistencia mutua de que hablan los artículos 67 y 68 del Código Civil"*.

³⁴. Aunque tan sólo será una muy breve reflexión, ya que la razón de este artículo es otra, no hay que dejar de decir sobre este razonamiento del Auto al respecto del Derecho canónico que no resulta muy afortunado. Es cierto que el Codex de 1983 ha alterado los fines del matrimonio establecidos en el anterior de 1917, y que, también es cierto que el Derecho Canónico permite el matrimonio de las personas que no pueden tener hijos, aunque desde esa misma base, no podemos estar de acuerdo con la afirmación anterior, toda vez que para el Derecho Canónico sí tiene gran importancia la generación de la prole, plasmada en figuras como el impedimento de impotencia, la disolución por inconsumación, el error dolosamente causado para el supuesto de ocultación fraudulenta de la esterilidad, la simulación parcial ante la exclusión de la prole, etc ... , figuras muchas de ellas con tratamiento diferente en el Derecho matrimonial civil, pero, incluso alguna de ellas podría ser aplicada, a sensu contrario, a los razonamientos señalados en el Auto.

Otro de los argumentos que se pueden dar al respecto es la mayor amplitud de la conciencia, o tolerancia social, hacia esos colectivos. La Sentencia de Instancia citada, cuando contraviene la línea jurisprudencial del Supremo señala que "... *Tal jurisprudencia habría que entenderla superada a la luz de los tiempos presentes ...*". Esta afirmación no es otra cosa que el desarrollo de la sociedad por encima del Derecho. Así, al día de hoy, resulta paradójico citar a Estepa Moriana que en el año 1978 señalaba la imposibilidad de admitir las demandas de cambio de sexo ante la inexistencia de base legal al respecto³⁵.

El quinto de los argumentos sería la desvirtuación del contenido esencial del matrimonio, puesto que en el supuesto de no permitirse el matrimonio se estaría vulnerando el derecho que, como persona, tiene el transexual establecido en el artículo 32 C.E., toda vez que no se le permitiría la celebración de matrimonio, ni con un hombre, ni con una mujer, con lo que su derecho al matrimonio quedaría sin contenido, vulnerándose así su derecho al libre desarrollo de la personalidad (10,1 C.E.), junto con una evidente discriminación por razón de sexo encuadrable en el artículo 14 C.E. El propio Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia 184/1990, FJ 3º que "*Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (Art. 10,1 C.E.), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil*"³⁶. Por lo que de no autorizarse el matrimonio de un transexual el Estado, en contra de lo señalado por el Tribunal Constitucional, le estaría "castigando" a la soltería al negarle la posibilidad de ejercitar ese derecho. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en la Sentencia de 18 de diciembre de 1.987, en el caso F. contra Suiza³⁷, reiterando lo señalado al respecto por la Sentencia de 17 de octubre de 1986, en el caso Rees, que: "*las limitaciones introducidas por medio de estas leyes no pueden restringir o reducir el derecho de manera o hasta el extremo de que se*

³⁵. Literalmente señalaba que: "La solución correcta ante nuestro actual derecho positivo es la de desestimar las demandas así planteadas, por no existir ningún precepto específico que permita acoger estos llamados cambios de sexo". ESTEPA MORIANA, V., "Los llamados cambios de sexo y el Registro Civil", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año XXXII, Núm. 1137, 15 de julio 1978, p. 6.

³⁶. Aunque, por otra parte, no hay que olvidar que sí puede imponer determinados requisitos para contraer lo que considera matrimonio.

³⁷. En ese caso, se estima la vulneración del art. 12 del Convenio ante una prohibición temporal de contraer matrimonio por tiempo de tres años impuesta al señor F. ante la celebración de 3 matrimonios con sus consiguientes divorcios desde los años 1963 a 1981. Siéndole impuesta esa prohibición en el último de sus divorcios.

atente a su contenido esencial"³⁸. No obstante, queremos señalar que este mismo Tribunal, en el caso Cossey citado ha mantenido una opinión distinta al afirmar que la imposibilidad del transexual para contraer matrimonio no procede de ningún obstáculo legal, sino de su propia renuncia.

Esta afirmación jurisprudencial ha encontrado eco en algún sector de nuestra doctrina. Así, Díez del Corral ha señalado que "no alcanzo a comprender que el transexual operado, como he expuesto en otras ocasiones, sea capaz, a la luz del Código Civil, de prestar verdadero consentimiento matrimonial. El transexual, a mi juicio, se priva a sí mismo, por su propia voluntad, del *ius nubendi*"³⁹. De lo anterior, se podía afirmar que el libre desarrollo de la personalidad no supone la existencia en nuestro ordenamiento de un derecho al cambio de sexo, en tanto y cuanto que el sexo es uno de los derechos de la personalidad y por lo tanto irrenunciable. Lo que se está planteando en esas opiniones es que, en el caso hipotético de autorizarse el expediente previo de capacidad matrimonial, la celebración del matrimonio resultaría nula, en base a lo contenido en el 73.4.º C.c. al ser el sujeto incapaz para prestar verdadero consentimiento matrimonial en el sentido de los artículos 44 y 45 del Código Civil, con la secuela de nulidad que señala el 73.1.º. Por ello, en la práctica, ese colectivo ya no podía celebrar matrimonio, con lo que el art. 32 C.E. quedaba vacío de contenido para ellos, al no poder contraer ni con un hombre ni con una mujer.

Sin embargo, otros autores, a los que nos unimos, han defendido con diferentes razones el derecho de los transexuales a contraer matrimonio civil, entre otros, Fernández Campos⁴⁰, Bercovitz⁴¹ o López-Galiacho Perona⁴².

El sexto de los argumentos hay que ponerlo en relación con el carácter de la inscripción del Registro Civil que es constitutiva. Por ello, si se permite el cambio de sexo, no parece muy lógico cercenar sus efectos en materia matrimonial.

³⁸. Sin embargo, y como se ha señalado, el TEDH en el caso Rees entendió que las limitaciones a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no cercenaban ese contenido esencial. Y ello, porque consideraba la determinación jurídica del sexo desde la perspectiva biológica, atendiendo a los cromosomas, tal y como establecía la legislación del actor.

³⁹. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., "Estado civil y Sexo. Transexualidad", en *Actualidad Civil*, Núm. 36, 1987, p. 2157. Y también, en sentido similar, ESCRIVÁ-IVARS, "Transexualismo y matrimonio" en *Persona y Derecho*, 1.992-3, Núm. 28 p. 346.

⁴⁰. FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., "Transexualismo" cit. p. 108 Este mismo autor manifestó esa posición también un año antes en La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico en *Revista General de Derecho*, Núm. 627 1996, p. 13159.

⁴¹. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Transexualidad,... cit. p. 1764.

⁴². LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *La problemática* ..., cit. p. 378.

* El último de los motivos sería el propio Derecho al matrimonio, que no puede ser interpretado en términos restrictivos. En este sentido ha señalado Fosar Benlloch que "El artículo 73 C.c. que consagra las nulidades de un acto solemne fundamental en la vida jurídico civil como es el matrimonio, debe ser interpretado restrictivamente. Recordemos el axioma canónico *matrimonium gaudet favore iuris* -canon 1060-; o la doctrina jurídica francesa: *pas de nullité sans texte*. España, pienso, no es diferente en este punto de estos importantes ordenamientos jurídicos"⁴³.

Por otra parte, no cabe alegar que la autorización de este tipo de matrimonios, comporte una cierta inseguridad jurídica⁴⁴, puesto que si el otro contratante no conociese esa cualidad, podría solicitar la nulidad del mismo. Parece claro que ese supuesto sí estaría encuadrado en el artículo 73,4 C.c. como error en la cualidades personales que por su trascendencia puede que hubiera sido determinante en la prestación del consentimiento⁴⁵. O incluso, podríamos plantearnos la posibilidad de que ese cambio de sexo se llevase a cabo por parte de una persona con vínculo matrimonial previo. Aunque este supuesto, por las características personales especiales que requiere la jurisprudencia para que opere la transexualidad, como se ha señalado, parece que es de más dudosa aplicación. No obstante se podría plantear la misma acción de nulidad, siempre dentro de los plazos establecidos para su ejercicio en el artículo 76, párrafo 2º. Además, frente a estos problemas de seguridad jurídica, se debe señalar que

⁴³. FOSAR BENLLOCH, E., *El reconocimiento de la ...*, cit. p. 108.

⁴⁴. Cabe afirmar que la seguridad jurídica existiría con la autorización de esos matrimonios. puesto que sobre ella ha afirmado Elías Díaz que: "... La seguridad jurídica alude así a un contenido valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derecho y libertades que la conciencia humana considera que han de estar suficientemente protegidos y realizados a la altura del tiempo en que se vive. Comienza a haber seguridad jurídica ... cuando estas exigencias éticas ... están suficientemente incorporados a un sistema normativo coherente ...". DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971, p. 47.

⁴⁵. Fosar Benlloch, E., señala acertadamente que, además de ser un pequeño número los transexuales, y que normalmente sus parejas ya conocen ese dato, que "creo no es aplicable a este supuesto el artículo 73,1 C.c., pues el transexual puede prestar un verdadero consentimiento matrimonial, no procede la aplicación del artículo 74", con lo que, a sensu contrario, indica que la acción recaería exclusivamente en el otro cónyuge. FOSAR BENLLOCH, E., *El reconocimiento de la ...*, cit. p. 109. En contra, se ha manifestado Díez del Corral Rivas, quien ha señalado que "en mi opinión, es más que dudoso que el transexual pueda contraer matrimonio válido. Aparte de la posible nulidad del enlace por error en las cualidades esenciales de la persona (vid. Art. 73,4 C.c.), no parece que el transexual esté en condiciones de prestar un verdadero *consentimiento matrimonial* en el sentido que da a esta expresión el artículo 45 C.c.. Y la falta de este consentimiento acarrea la nulidad (cfr. Artículo 73,1º C.c.)". DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., La transexualidad en el Derecho español, en *Actualidad Civil*, Núm. 37, 1986, p. 2552 -nota (4)-.

normalmente la persona que desea contraer matrimonio con un transexual, ya conoce ese dato, con lo cual la propia convivencia erradicaría el vicio de nulidad. Por ello, impedir ese matrimonio cuando el Derecho le posibilita al otro contrayente solicitar la nulidad del vínculo en el caso de no conocer su condición de transexualidad, parece a nuestro juicio que no es muy de recibo, máxime cuando el Derecho, tras un procedimiento judicial complicado, le ha permitido cambiar su sexo ordenando la modificación en el Registro Civil.

Sobre la seguridad jurídica el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Melilla en su Fundamento de Derecho TERCERO, en el apartado A), afirma acertadamente que la inseguridad jurídica estriba necesariamente en la imposibilidad de contraer matrimonio. Así señala que: *"El art. 9 de la Constitución garantiza la seguridad jurídica; seguridad jurídica que en el caso que nos ocupa brilla por su ausencia, a la vista de que ni se les considera hombres, ni tampoco mujeres, no se sabe cuál es su capacidad, ni cuáles son los límites de ésta, surgiendo infinidad de interrogantes en cuanto a su situación; situación totalmente incompatible y proscribida por el artículo 9, debiendo cualquier órgano jurisdiccional aplicar el imperativo del citado artículo y dar solución a ese problema de inseguridad"*.

Como conclusión final, se debe partir de la crítica de la teoría de la "ficción" argumentada por el Tribunal Supremo. A nuestro juicio, el Artículo 32 C.E. recoge un matrimonio únicamente heterosexual, pero la cuestión es ¿cómo se determina el sexo para el Derecho?. El Tribunal Supremo habla de que el transexual es una ficción jurídica. No estamos ante ninguna ficción, se trata de una realidad, a la que hay que atribuir un sexo masculino o femenino.

Para esa atribución del sexo hay que partir de una opinión que tenga su base en la propia Constitución, y esa base no puede ser otra que la dignidad de la persona humana, que se manifiesta como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia Num. 53/1985, de 11 de abril de 1985, en su FJ. 8º *"en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"*⁴⁶. Por ello, esa auto-

⁴⁶ Este Fundamento Jurídico 8º literalmente señala que: "Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18,1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

derminación se realiza de una forma intelectual y sentimental (qué es lo que siento, y qué es lo que quiero), y en todo caso, comporta una elección que debe ser respetada por la sociedad. Así, si se quiere acatar el mandato constitucional, debe determinarse jurídicamente el sexo desde un criterio psicológico (asunción social de un rol sexual y emocional propios del sexo contrario al de su nacimiento), complementado, en todo caso, junto elementos puramente morfológicos, (la modificación de los órganos sexuales). Éste es el aceptado por el Tribunal Supremo en su teoría de la “ficción”, aunque limita sus efectos únicamente para con el Registro Civil, puesto que, en relación con el matrimonio, emplea el criterio jurídico completamente antagónico a los anteriores, esto es, el biológico o cromosomático.

En nuestra opinión, esto es lo que se debe censurar, puesto que implica una contradicción “in terminis” porque se emplean dos modos o criterios antagónicos para determinar el sexo. Por un lado, el psicológico para el Registro Civil. Y por otro, el biológico o cromosomático para el matrimonio. Por tanto, si realmente se pretende respetar el libre desarrollo de la personalidad, en materia matrimonial, se requiere que el criterio jurídico básico que se utilice para la determinación del sexo sea el psicológico (sentirse hombre o mujer) acompañado de su consiguiente morfología (apariencia externa de ello). Por ello, mediante la consideración de este criterio mixto, el transexual debería ser autorizado a contraer matrimonio⁴⁷.

Aunque se trata de un asunto extremadamente complejo, entendemos que la propia Constitución obliga a que se autorice la celebración de matrimonio civil a este colectivo.

⁴⁷. . Esta conclusión, puede apoyarse también en el Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la Comunidad Europea -citado en nota Núm. 14-, puesto que, aunque se refiere únicamente a los homosexuales, se está aceptando implícitamente que el criterio para la determinación del sexo debe ser el psicológico.